

Freundschaftswerbung im Internet

Amtlicher Leitsatz:

Bei einem wettbewerbsrechtlichen Unterlassungsantrag besteht die begehrte Rechtsfolge in dem Verbot der bestimmten, als rechtswidrig angegriffenen Verhaltensweise, die der Kläger in seinem Antrag und seiner zur Antragsauslegung heranzuziehenden Klagebegründung festgelegt hat; es kommt nicht darauf an, ob sich in anderer Weise ein wettbewerbswidriges Verhalten aus einer mit der Klage zum Beweis der beanstandeten Verletzungshandlung vorgelegten Anlage – wie einer E-Mail oder einem mehrseitigen Werbeprospekt – ergeben kann.

Bundesgerichtshof

Urteil vom 29.05.2008

Az.: I ZR 189/05

Der I. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 29. Mai 2008 durch die Richter ...

für **R e c h t** erkannt:

Auf die Revision der Beklagten wird das Urteil des 3. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Nürnberg vom 25. Oktober 2005 aufgehoben.

Die Berufung der Klägerin gegen das Urteil der 1. Kammer für Handelssachen des Landgerichts Nürnberg-Fürth vom 21. April 2005 wird als unzulässig verworfen.

Die Klägerin trägt die Kosten der Rechtsmittel.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Die Beklagte betreibt ein Versandhandelsunternehmen und präsentiert ihren Warenkatalog auch im Internet. Dabei erscheint auf jeder Internet-Seite mit einer Warenpräsentation ein Auswahlmenü, das unter anderem die Auswahlmöglichkeit „Das Produkt weiterempfehlen“ enthält. Wird dieser Menüpunkt angeklickt, erscheint auf dem Bildschirm folgender Text:

„Seite weiterempfehlen

*Wenn Sie diese Seite weiterempfehlen möchten, dann tragen Sie einfach pro Empfänger Name, Vorname und E-Mail-Adresse ein. (*Pflichtfelder)*

...

Möchten Sie persönliche Grüße mitschicken?

Geben Sie bitte hier Ihren

Text ein: ...

Restliche Eingabebuchstaben: ...

Absender

Ihr Vorname: ...*

Ihr Name: ...*

Ihre E-Mail: ...*

Empfänger 1

Vorname: ...*

Name: ...*

E-Mail: ...*

...“.

Klickt der Besucher der Website auf „Abschicken“, erhalten alle von ihm genannten Empfänger per E-Mail einen Link zu der jeweiligen weiterempfohlenen Internet-Seite mit den Produktangaben und gegebenenfalls die persönlichen Grüße des Website-Besuchers. Dabei fügt die Beklagte Hinweise auf ihren Newsletter und auf Sonderverkäufe bei. Der die Versendung der E-Mail veranlassende Website-Besucher erhält davon aufgrund des Menüablaufs keine Kenntnis.

Eine solche E-Mail hat die Klägerin, die Zentrale zur

Bekämpfung unlauteren Wettbewerbs e.V., mit der Klageschrift als Anlage K 1 eingereicht:

(Kopie der E-Mail)

Die Klägerin hat in erster Instanz zuletzt beantragt,

die Beklagte unter Androhung von Ordnungsmitteln zu verurteilen,

es zu unterlassen, im geschäftlichen Verkehr zu Zwecken des Wettbewerbs auf Empfehlung eines Dritten aufgrund dessen in der Internet-Seite der Beklagten eingetragenen Empfängerangaben von diesem eine persönliche Nachricht mit einer Produktempfehlung zugunsten der Beklagten über den Server der Beklagten an Internet-Nutzer ohne deren vorherige Einwilligung zu versenden.

Ferner hat sie die Beklagte auf Erstattung von Abmahnkosten in Anspruch genommen.

Das Landgericht hat die Klage abgewiesen.

Mit ihrer Berufung hat die Klägerin ihren Anspruch auf Erstattung der Abmahnkosten weiter verfolgt und mit ihrer Berufungsbegründung ferner beantragt,

die Beklagte zu verurteilen,

es zu unterlassen, im geschäftlichen Verkehr zu Zwecken des Wettbewerbs auf Empfehlung eines Dritten und aufgrund der von diesem in der Internet-Seite der Beklagten eingetragenen Empfängerangaben eine persönliche Nachricht des Dritten mit einer Produktempfehlung und Werbung der Beklagten über ihren Server an Internet-Nutzer ohne deren vorherige Einwilligung per E-Mail zu versenden.

Zuletzt hat sie ihren Unterlassungsantrag mit der Maßgabe gestellt, „wenn dies entsprechend der Anlage K 1 geschieht.“

Das Berufungsgericht hat der Klage mit den in der Berufungsinstanz zuletzt gestellten Anträgen stattgegeben.

Mit der vom Berufungsgericht zugelassenen Revision verfolgt die Beklagte ihren Abweisungsantrag weiter. Die Klägerin beantragt, das Rechtsmittel zurückzuweisen.

Entscheidungsgründe:

I.

Das Berufungsgericht hat die Berufung für zulässig erachtet. Die Klägerin habe in der Berufungsinstanz keinen neuen Streitgegenstand eingeführt. Der in der Berufungsinstanz zuletzt gestellte Antrag sei vielmehr als klarstellende Präzisierung des Begriffs „Produktempfehlung“ in dem ursprünglichen Antrag zu verstehen. Diese Präzisierung sei wegen des Begriffsgebrauchs der Beklagten erforderlich. Aus der Menüauswahl auf ihrer Internet-Seite sei ersichtlich, dass die Beklagte als die von dem jeweiligen Website-Besucher anzuklickende „Produktempfehlung“ das bezeichne, was als E-Mail beim Empfänger ankomme. Die Klägerin habe sich an diese von der Beklagten gewählte Terminologie gehalten, indem sie die als Anlage K 1 vorgelegte E-Mail als „Produktempfehlung“ bezeichnet und mit dieser Bezeichnung auch zum Gegenstand ihres Klageantrags gemacht habe. Dass mit dem Klageantrag gerade die Verbindung der Empfehlung eines konkreten Produkts samt persönlichen Grüßen einerseits mit weitergehender Werbung andererseits habe beanstandet werden sollen, ergebe sich bereits aus der Klageschrift, in der es heiße, dass der Empfänger die E-Mail des Freundes mit einem Empfehlungstipp erhalte, und zwar verbunden mit den Produktinformationen der Beklagten.

Die Berufung sei auch begründet. Zwar sei eine allein auf dem Entschluss des Website-Besuchers beruhende, reine Produktempfehlung als solche nicht wettbewerbswidrig. Mit dem von dem Website-Besucher unbemerkten Einfügen der Werbung in die E-Mail verstoße die Beklagte jedoch gegen § 7 Abs. 2 Nr. 3

UWG, da eine Einwilligung des Adressaten nicht vorliege.

II.

Die Revision der Beklagten führt zur Aufhebung des Berufungsurteils und zur Verwerfung der Berufung als unzulässig. Die Zulässigkeit der Berufung ist vom Revisionsgericht von Amts wegen zu prüfen (BGHZ 102, 37, 38).

1. Nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs ist die Berufung nur dann zulässig, wenn der Berufungskläger mit ihr die Beseitigung einer in dem angefochtenen Urteil liegenden Beschwer erstrebt. Eine Berufung ist daher unzulässig, wenn sie den in erster Instanz erhobenen Klageanspruch nicht wenigstens teilweise weiterverfolgt, also im Falle einer erstinstanzlichen Klageabweisung deren Richtigkeit gar nicht in Frage stellt, sondern lediglich im Wege der Klageänderung einen neuen, bislang nicht geltend gemachten Anspruch zur Entscheidung stellt. Die Änderung der Klage in zweiter Instanz kann nicht alleiniges Ziel des Rechtsmittels sein; vielmehr setzt ein derartiges Prozessziel eine zulässige Berufung voraus (BGHZ 155, 21, 26; BGH, Urt. v. 7.12.2000 – I ZR 179/98, WRP 2001, 699, 700 = NJW 2001, 2548 – Impfstoffe; Urt. v. 9.10.2003 – I ZR 17/01, NJW-RR 2004, 495, 496 = TranspR 2004, 166).

2. Mit ihrer Berufung hat die Klägerin nicht die Beseitigung einer in dem angefochtenen erstinstanzlichen Urteil liegenden Beschwer erstrebt, sondern im Wege der Klageänderung einen neuen Anspruch zum Gegenstand ihres Klagebegehrens gemacht.

a) Der Streitgegenstand (der prozessuale Anspruch) wird durch den Klageantrag bestimmt, in dem sich die vom Kläger begehrte Rechtsfolge konkretisiert, und den Lebenssachverhalt (Klagegrund), aus dem der Kläger diese Rechtsfolge herleitet (vgl. BGH, Urt. v. 29.6.2006 – I ZR 235/03, GRUR 2006, 960 Tz. 15 = WRP 2006, 1247 – Anschriftenliste; Urt. v. 13.7.2006 – I ZR 222/03, GRUR 2007, 161 Tz. 9 = WRP 2007, 66 – dentalästhetika II; Beschl. v. 11.10.2006 – KZR 45/05, GRUR

2007, 172 Tz. 11 = WRP 2007, 81 – Lesezirkel II, m.w.N.). Bei einem wettbewerbsrechtlichen Unterlassungsantrag besteht die begehrte Rechtsfolge in dem Verbot gerade der bestimmten – als rechtswidrig angegriffenen – Verhaltensweise (Verletzungsform), die der Kläger in seinem Antrag und seiner zur Antragsauslegung heranzuziehenden Klagebegründung festgelegt hat (vgl. dazu auch BGH, Urt. v. 2.7.1998 – I ZR 77/96, GRUR 1999, 272, 274 = WRP 1999, 183 – Die Luxusklasse zum Nulltarif). Die so umschriebene Verletzungsform bestimmt und begrenzt damit den Inhalt des Klagebegehrens.

b) Die Klageabweisung in erster Instanz bezog sich hinsichtlich des Unterlassungsbegehrens auf den Antrag, der Beklagten zu verbieten, über ihren Server auf Veranlassung eines Website-Besuchers eine persönliche Nachricht mit einer Produktempfehlung zugunsten der Beklagten an Internet-Nutzer ohne deren vorherige Einwilligung zu versenden. Die Auslegung dieses Antrags unter Berücksichtigung des zu seiner Begründung vorgetragenen Lebenssachverhalts ergibt entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts nicht, dass die Klägerin den Antrag bereits in erster Instanz (zumindest auch) darauf stützen wollte, dass die Beklagte den an Dritte auf Empfehlung der Website-Besucher versandten E-Mails ohne deren Wissen Werbung für Sonderaktionen hinzufügt.

aa) Das Berufungsgericht hat den Begriff „Produktempfehlung“ in dem erstinstanzlichen Unterlassungsantrag der Klägerin unzutreffend ausgelegt. Der Antrag ist eine Prozesserkklärung, deren Auslegung das Revisionsgericht in vollem Umfang zu überprüfen hat (BGH, Urt. v. 4.10.2007 – I ZR 143/04, GRUR 2008, 84 Tz. 11 = WRP 2008, 98 – Versandkosten, m.w.N.). Die Klägerin hat mit ihrem Unterlassungsantrag nicht die Verbindung der Empfehlung eines speziell ausgewählten Produkts samt persönlicher Grüße einerseits mit weitergehender Werbung andererseits beanstandet.

(1) Aus dem Wortlaut der Antragsfassung ergibt sich nichts dafür, dass die Klägerin mit ihrem erstinstanzlichen Antrag

(auch) eine Kombination von Produktempfehlung und zusätzlich beigefügter Werbung beanstanden wollte. Vielmehr legt die Verwendung des Begriffs „Produktempfehlung“ dem Wortsinn nach das Verständnis nahe, dass es sich um die Empfehlung des Produkts handelt, das auf der Internetseite abgebildet ist, die durch den von dem Website-Besucher veranlassten Link von dem Empfänger der E-Mail aufgerufen werden kann.

(2) Soweit die Klägerin in der Klagebegründung zu der von der Beklagten angebotenen Möglichkeit der Weiterempfehlung einer Seite vorgetragen hat, wenn der Besucher der Homepage der Beklagten davon Gebrauch mache, „erhält der Empfänger eine E-Mail des Freundes mit einem Empfehlungstipp, und zwar verbunden mit den Produktinformationen der Beklagten“, und dazu als „Beweis“ die als Anlage K 1 eingereichten Internetausdrucke vom 6. und 8. September 2004 vorgelegt hat, folgt entgegen der Ansicht des Berufungsgerichts daraus nichts anderes. Denn der als persönliche Botschaft des Website-Besuchers zu verstehende „Surf-Tipp“ in der E-Mail gemäß Anlage K 1 („WBZ hat einen Surf-Tipp für Sie: Ich dachte, dieses Angebot würde dich interessieren. Viele Grüße“) stellt eine Empfehlung dar, die sich ersichtlich auf den anschließenden Hinweis („Um das Angebot zu sehen, klicken Sie auf:“) und den angefügten Link („...www.quelle.de...empfiehlt...“) bezieht. Bei der Werbung, die die Beklagte der Empfehlungs-E-Mail gemäß Anlage K 1 am Ende angehängt hatte, handelte es sich dagegen um allgemeine Hinweise auf einen „Großen Sonderverkauf“ sowie auf die Möglichkeit, einen Newsletter zu abonnieren. Konkrete Informationen über Produkte enthielt diese angefügte Werbung nicht. Dementsprechend geben weder die Ausführungen in der Klagebegründung noch der Inhalt der zum Beweis vorgelegten E-Mail gemäß Anlage K 1 einen Anhaltspunkt für die Annahme, dass auch die am Ende der E-Mail enthaltenen, von der Beklagten ohne Kenntnis des Website-Besuchers angefügten Hinweise unter den im Unterlassungsantrag verwendeten Begriff der „Produktempfehlung“ fallen sollten.

(3) Die Klägerin hat weder in der Klagebegründung noch in den weiteren bis zur mündlichen Verhandlung erster Instanz eingereichten Schriftsätzen darauf abgestellt noch überhaupt erwähnt, dass die Beklagte Werbung an die auf Veranlassung der jeweiligen Website-Besucher verschickten E-Mails anhängt. Auch in der vorprozessualen Abmahnung mit Schreiben vom 10. September 2004 (Anlage K 2) war davon nicht die Rede. Die Klägerin hat ihr Unterlassungsbegehren vielmehr in erster Instanz ausschließlich damit begründet, dass die Beklagte sich der persönlichen Empfehlungen der Website-Besucher nur bediene, um so bei der Versendung von E-Mails in wettbewerbsrechtlich unzulässiger Weise Spam-Filter umgehen zu können. Dies sei genauso zu beurteilen wie eine E-Mail-Werbung der Beklagten für ihre Produkte gegenüber Adressaten, deren Einverständnis sie zuvor nicht eingeholt habe. Auch die Beklagte hat den Klageantrag und dessen Begründung in erster Instanz dahin verstanden, dass mit „Produktempfehlung“ lediglich die Empfehlung desjenigen Produkts gemeint sei, das auf der Internetseite abgebildet ist, die durch den auf Veranlassung des Website-Besuchers versandten Link von dem Empfänger der E-Mail aufgerufen werden kann. Entsprechend haben die Parteien vor dem Landgericht in erster Linie darüber gestritten, ob die E-Mails eine auf die Beklagte hinweisende Absenderkennung aufweisen und deshalb von Spamfiltern als solche der Beklagten erkannt werden können oder nicht.

(4) Es ist daher auch nicht von einem gemeinsamen Verständnis des Begriffs „Produktempfehlung“ durch die Parteien auszugehen, das abweichend vom Wortsinn die hinzugefügte Werbung einbeziehen würde und zur Auslegung des Unterlassungsantrags heranzuziehen wäre. Der Menüauswahl auf der Internet-Seite der Beklagten ist entgegen der Ansicht des Berufungsgerichts nicht zu entnehmen, dass die Beklagte als von dem Dritten anzuklickende „Produktempfehlung“ die gesamte E-Mail bezeichnet, die beim Empfänger ankommt. Vielmehr ergibt sich aus der Eingabemaske nur, dass der Website-Besucher eine konkrete Internet-Seite mit Produktinformationen einer anderen

Person weiterempfehlen kann. Darüber, wie die beim Empfänger ankommende E-Mail konkret aussieht, enthält die Eingabemaske keine Angaben. Es mag zwar sein, dass der Website-Besucher über den Inhalt der durch ihn veranlassten Empfehlungs-E-Mail irrt, weil er keine Kenntnis von der hinzugefügten Werbung hat. Für die Auslegung des Klagebegehrens ergibt sich daraus jedoch nichts.

bb) Es kann offen bleiben, in welchem Umfang die Klägerin den Inhalt der zu Beweis Zwecken eingereichten E-Mail gemäß Anlage K 1 zum Gegenstand ihres Sachvortrags erster Instanz gemacht hat. Denn jedenfalls hat sie auf den aus der E-Mail ersichtlichen Werbeanhang ihr Unterlassungsbegehren erster Instanz nicht gestützt, auch nicht zumindest hilfsweise. Die Vorlage der E-Mail diene ersichtlich dazu, die behauptete und durch den Klageantrag und dessen Begründung umschriebene Verletzungshandlung zu belegen. Sowohl nach dem Klageantrag als auch nach dessen Begründung sollten sich, wie dargelegt, die beanstandete Verletzungshandlung sowie das darauf bezogene Unterlassungsbegehren jedoch nicht auf den Anhang der E-Mail erstrecken. Insofern liegt der Fall nicht anders, als wenn mit Antrag und Begründung der Klage nur eine bestimmte Werbeanzeige aus einem mehrseitigen Werbeprospekt beanstandet wird. In diesem Fall beschränkt sich der Streitgegenstand auch dann auf diese bestimmt bezeichnete Werbeanzeige, wenn zu deren Beweis der gesamte Prospekt mit weiteren möglicherweise wettbewerbswidrigen Anzeigen vorgelegt wird.

cc) Erstmals mit nachgelassenem Schriftsatz vom 21. März 2005 hat die Klägerin im Anschluss an die mündliche Verhandlung vor dem Landgericht geltend gemacht, dass die Beklagte mit den E-Mails über die Produktempfehlung des Website-Besuchers hinausgehende Werbung verschicke. Tatsächlich werde „eine umfassende Werbe-E-Mail der Beklagten mit über die Produktempfehlung des (vermeintlichen) Freundes weit hinausgehenden Bewerbungen, so z. B. für die aktuelle Osterwerbung, übersandt“. Es kann dahingestellt bleiben, ob

sich aus diesem Schriftsatz eine Änderung des Klagebegehrens ergibt. Denn der Klägerin war ein Schriftsatznachlass gemäß § 283 ZPO nur zur Erwidierung auf den Schriftsatz der Beklagten vom 1. März 2005 gewährt worden (Sitzungsprotokoll vom 10.3.2005, S. 2). Eine etwaige Antragsänderung war dadurch nicht veranlasst. Das Landgericht hat demzufolge das Vorbringen im Schriftsatz der Klägerin vom 21. März 2005 nicht berücksichtigt und verfahrensfehlerfrei (vgl. Zöller/Greger, ZPO, 26. Aufl., § 283 Rdn. 5 m.w.N.) nur über den in der mündlichen Verhandlung gestellten bisherigen Klageantrag entschieden, der eine etwaige Wettbewerbswidrigkeit der beanstandeten E-Mailwerbung der Beklagten wegen der angehängten Werbung nicht zum Gegenstand hatte.

c) Die Klägerin hat in der Berufungsinstanz ihr erstinstanzlich abgewiesenes Klagebegehren auch nicht teilweise weitergeführt, sondern im Wege der Klageänderung einen gänzlich neuen Streitgegenstand zur Entscheidung gestellt. Sie hat die Verletzungsform, auf die sich der Verbotsausspruch nach ihrem Willen beziehen sollte, durch Hinzufügung der Worte „und Werbung“ hinter „Produkttempfehlung“ sowie durch Aufnahme des vollständigen Textes der E-Mail gemäß Anlage K 1 in den Unterlassungsantrag abgewandelt. Die Klägerin hat damit die in ihrem ursprünglichen Antrag umschriebene Verletzungsform durch Einfügung zusätzlicher Merkmale auf Verhaltensweisen eingeschränkt, deren Beurteilung die Prüfung weiterer Sachverhaltselemente erforderte, auf die es nach dem bisherigen Antrag nicht ankam. Auch hinsichtlich des Zahlungsantrags hat die Klägerin den geltend gemachten Anspruch auf Erstattung der Abmahnkosten mit ihrer Berufungsbegründung nur auf die durch die gegenüber dem Begehren erster Instanz zusätzlich als wettbewerbswidrig umschriebene Werbemaßnahme gestützt und nicht mehr – auch nicht hilfsweise – auf den der Abmahnung und dem Begehren erster Instanz zugrunde liegenden Sachverhalt. Indem die Klägerin in der Berufungsinstanz nur noch einen gegenüber dem ursprünglichen Klagebegehren vollständig neuen

Streitgegenstand verfolgt hat, hat sie sich nicht gegen die Beschwer des klageabweisenden Urteils erster Instanz gewandt. Die Berufung ist deshalb unzulässig.

III.

Die Kostenentscheidung beruht auf § 91 Abs. 1, § 97 Abs. 1 ZPO.

Vorinstanzen:

LG Nürnberg-Fürth, Entscheidung vom 21.04.2005 – 1 HKO 10587/04 –

OLG Nürnberg, Entscheidung vom 25.10.2005 – 3 U 1084/05 –